



## **- Pacto de Unidad -**

### **- *Camino a la libre determinación de nuestros pueblos* -**

## **INFORME SOBRE EL DECRETO LEGISLATIVO 1333 Y ANALISIS SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE PUEBLOS INDÍGENAS\***

### **Base Legal que contraviene el Decreto Legislativo 1333**

- Constitución Política del Perú, art. 70, art. 88, art. 89
- Reglamento del Congreso de la República
- Ley 30506 mediante la cual se otorga facultades legislativas
- Resolución Legislativa N° 26253, mediante la cual aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Ley 24656 Ley General de Comunidades Campesinas y su reglamento
- Ley de Deslinde y Titulación del Territorio de las comunidades Campesinas
- Ley 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva.
- Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios y su reglamento.
- Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales
- Ley 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, Ley de Tierras.
- Decreto Legislativo 997, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura, modificado por la Ley 30048.

### **Antecedentes**

A mitad del gobierno de Humala, en el 2013, empezaron a dictarse normas a consecuencia de la desaceleración económica. El gobierno de este entonces empezó a emitir decretos, primero a nivel sectorial, aprobando los D.S.054-PCM-2013 y D.S.060-PCM-2013 que empezaron a flexibilizar estándares sociales y ambientales para facilitar el acceso de los flujos de inversión; después se pasó a emitir leyes como la 30025 que facilitaba la adquisición y expropiación de bienes inmuebles (posteriormente derogada en parte por el D.L. 1192), quedando solo vigente una listas de proyectos declarados de necesidad pública, interés nacional y gran envergadura, que se ha ido ampliando.

Hasta llegar al 12 de julio del año 2014 se publica en el diario oficial El Peruano la Ley 30230, denominada "*Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país*".

Donde entran a legislarse una diversidad de temas, que trajo cambios profundos en la reducción de la facultad sancionadora del Organismo Especializado de Fiscalización Ambiental (OEFA) contenida en el artículo 19, la reducción de presupuesto a través del artículo 12 de dicha Ley; el traslado de la competencia de creación de Áreas Naturales Protegidas o el ordenamiento territorial, Donde además se condonó 55 millones de soles en multas por infracciones ambientales a compañías petroleras y mineras(4).

En el caso de pueblos indígenas en el Título III de la ley 30230 crea procedimientos especiales de saneamiento físico- legal de predios para proyectos de inversión, pero no determina de manera clara quien será el órgano competente para ejecutar dicha normativa; pues bien el Decreto Legislativo 1333 crea un Proyecto Especial para el Acceso a Predios para Proyectos de Inversión Priorizados APIP, complementando y yendo más allá de la Ley 30230. Hoy está pendiente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a esta ley y a la necesidad de poner límites a la aprobación de normas que buscan incentivar la inversión a costa de recortar derechos de los pueblos indígenas.

A pesar de las críticas, la estrategia de debilitamiento normativo continuo con Ley 30327, Ley de promoción de las inversiones sostenibles; y en el último año del gobierno de Humala se concedieron facultades legislativas bajo la misma justificación de reactivación económica, emitiéndose el Decreto Legislativo 1192 que realiza una reforma profunda a la Ley Marco de Expropiaciones y Adquisiciones, derogando artículos de otros paquetazos como la Ley 30025 y 30327. Complementario a esta norma fue el D.L. 1210 que, en un único artículo, quita la protección a los derechos de propiedad y posesión de las comunidades campesinas y nativas.

### **Análisis legal de los artículos del D.L 1333**

Como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia N° 00020-2005-AL y 00021-2005-AI, la Constitución Política *“no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran. Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución)”*.

### **El artículo 1 Objeto**

Menciona el objeto de la norma, y menciona que establece disposiciones orientadas a facilitar la ejecución de proyectos de infraestructura, en base a una lista propuesta por la en parte derogada Ley 30025 pero que se seguirá ampliando.

El artículo no precisa ninguna garantía, ni límite sobre la propiedad y posesión (art. 70 de la constitución), respecto al impacto de proyectos de infraestructura sobre la tierra y territorio de las comunidades y pueblos indígenas, ni tampoco sobre la de los pequeños propietarios y agricultores.

Por otro lado, la norma es indeterminada a conceptos de “interés nacional” y “gran envergadura” respecto a la priorización de proyectos de inversión.

### **El artículo 2 Creación del Proyecto Especial de Acceso a Predios para Proyectos de Inversión Priorizados**

Se crea APIP generando un conflicto de competencias con otros órganos del Estado que tiene el mandato legal de sanear física y legalmente las tierras y territorios; en el caso de comunidades campesinas y nativas, el ente rector para el saneamiento físico legal es la Dirección de Saneamiento de la Propiedad Agraria y Catastro Rural- DISPACR,

dirección que se encuentra en el Ministerio de Agricultura; siendo el órgano ejecutor de dicho saneamiento son los Gobiernos Regionales a través de la Dirección Regional de Agricultura de acuerdo al proceso de descentralización instaurado de acuerdo a lo dispuesto por el Capítulo XIV del Título IV de la Constitución Política del Perú y la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización; la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley N° 28273, Ley del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales; se transfirió la función específica sobre saneamiento físico legal de la propiedad agraria, establecida en el literal n) del artículo 51 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Por otro lado esta nueva institución es un órgano *ad hoc* para el saneamiento únicamente para proyectos de inversión; desconociendo todos los esfuerzos institucionales y de las organizaciones indígenas, cooperación internacional para avanzar y entregar derechos (titular) a las comunidades del Perú.

### **El artículo 3 De las funciones del Proyecto Especial de Acceso a Predios para Proyectos de Inversión Priorizados y artículo 4 Funciones de saneamiento**

Las 20 competencias entregadas en este artículo entran en conflicto con otras instituciones que por mandato de normativa diversa tiene también las mismas competencias y que en un corto plazo generará mayor desorden en materia de saneamiento de tierras con consecuencias que generarán conflictos en los territorios por las siguientes razones jurídicas.

1.- No se respetan los derechos adquiridos de propiedad, posesión, ocupación, tenencia de las comunidades campesinas y nativas en los predios donde hay un interés por parte de proyectos de inversión, puesto que la norma menciona que serán sujetos de saneamiento predios “formales e informales, públicos o privados”. Además muchas de las funciones de este nuevo órgano APIP le corresponden a las Direcciones Regionales Agrarias- DRA, de los Gobiernos Regionales.

2.- Genera una inseguridad jurídica al contravenir toda la normativa especial en materia de saneamiento físico legal, y las diferentes competencias de instituciones como la SUNARP, Gobiernos Regionales a otorgar la función que tendrá el APIP de “elaborar y rectificar los planos aprobados por entidades estatales o rectificar áreas, medias perimétricas y linderos de los predios de propiedad privada que presenten supuestas superposiciones con predios que son objeto de las acciones de saneamiento físico- legal de la propiedad.”

3.- APIP declara la prescripción adquisitiva cuando esta solo se puede hacer mediante proceso judicial.

4.- APIP define la necesidad de la reubicación, cuando esto en caso de pueblos indígenas solo se puede hacer mediante consentimiento previo, informado con los pueblos indígenas (Ley 29785). Además se menciona que APIP convocará a asambleas, se entiende asambleas de las comunidades; violando la constitución art. 89 respecto a la autonomía organizativa de las comunidades campesinas y nativas.

### **El artículo 5 Relaciones con otras entidades y niveles de gobierno y artículo 7 Normas de protección de funcionarios**

Estos artículos ordena a una serie de instituciones a ponerse al servicio de APIP, bajo responsabilidad del funcionario público de instituciones como la Superintendencia de Bienes del Estado- SBN, SUNARP, COFOPRI e incluso la Policía Nacional para casos de desalojo en los procesos de saneamiento (art.5). Conscientes de sus funciones

omnímodas el artículo 7 busca proteger a los funcionarios del APIP, al mencionar que las denuncias penales en contra de estos, antes de cualquier calificación e investigación preliminar, ya sea por los órganos competentes del Ministerio Público, la Policía Nacional o el Poder Judicial, requiere de opinión fundamentada de la APIP sobre si se ha infringido la legislación de la materia (art.7 inc. 7.1) y, en un acto que vulnera la división de poderes, el Ministerio Público deberá merituar dicho informe para ver si denuncia o no. De igual manera, el juez o la sala deben tener en cuenta la opinión de APIP, sugiriendo innecesariamente que en un proceso penal el juez, además de contar con la opinión, deberá sobreseer la causa (art.7 inc. 7.1), quebrando de manera flagrante el orden constitucional.

#### **Cuarta Disposición Complementaria y Final**

Esta disposición complementaria hace una mención respecto a que el APIP solicitará información al Ministerio de Cultura sobre la presencia de pueblos indígenas u originarios en el ámbito de proyectos de inversión priorizados. Alusión que no garantiza la propiedad y posesión sobre las tierras de las comunidades campesinas y nativas; primero porque el MINCU no es el ente rector en materia de tierra de comunidades es el MINAGRI a través de la DISPACR y en segundo orden porque sabemos la debilidad actual del Viceministerio de Interculturalidad.

En suma estamos ante una norma que van más allá de los límites constitucionales y que incluso no parece importar mucho ese quiebre al ordenamiento jurídico, si se trata de promover las inversiones. Pero además dicha norma, muchas veces no están concebidas por un conducto regular; sino son producto de la excepción de una regla, de la que cada vez se viene abusando más que finalmente restringe o suspende el ejercicio de los derechos constitucionales relativos en este caso a la propiedad privada para favorecer a las inversiones.

#### **Fundamentación de inconstitucionalidad por vulneración al Convenio 169 de la OIT**

Mediante el Tribunal Constitucional en sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 33, ha reconocido que el Convenio 169 de la OIT es un tratado de derechos humanos, y que en consecuencia posee rango constitucional, y que la consulta previa es un derecho fundamental.

Las disposiciones del Decreto Legislativo 1333 que regulan procedimientos de saneamiento físico legal de territorios que no han sido titulados y donde se proyecta ejecutar proyectos extractivos, son inconstitucionales, cuando omiten dar un tratamiento especial y diferenciado al territorio de los pueblos indígenas, que no ha sido titulado, incumpliendo la regla vinculantes contenida en el artículo 14.1 del Convenio 169 de la OIT y desarrollada por la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual establece que la simple posesión ancestral de un pueblo indígena sobre un territorio equivale al título de propiedad, independientemente que este haya saneado su título de propiedad.

Las normas sobre el procedimiento especial de saneamiento físico legal de la Ley 30230, violan diferentes aspectos del contenido constitucional del derecho de propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus territorios.

El Decreto Legislativo 13333 establece un procedimiento especial de saneamiento de tierras en general, y no precisa nada sobre la obligación del Estado de titular los territorios de estas comunidades campesinas y nativas, convalidando la situación de sistemática omisión del Estado de titular estas, desconociendo que la obligación de proteger este derecho de propiedad de parte del Estado se concreta en la titulación de estas tierras. De

conformidad con el artículo 14.2, *“Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”*.

Las normas sobre saneamiento del Decreto legislativo violan el contenido constitucional del derecho de propiedad, cuando entregan en propiedad y en concesión territorios que pertenecen a los pueblos indígenas, lo cual ha sido expresamente prohibido por la jurisprudencia de la Corte IDH. Sobre el particular, la Corte IDH de conformidad con el artículo 14 del Convenio, estableció la obligación del Gobierno de abstenerse de realizar, *“hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad”*.

Estas funciones y competencias del Decreto Legislativo 1333 al disponer de los territorios de los pueblos indígenas de espaldas a ellos, se está violando el artículo 17.2 del Convenio 169 de la OIT cuando establece que *“Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierras entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”*. En este caso, el Estado está permitiendo que terceros se apropien de tierras de estos. Asimismo, se viola el artículo 17.2 el DL 1333 desconoce que *“Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”*. Es procedimiento especial invisibiliza a los pueblos indígenas.

Pero no solo eso, se viola de igual manera el artículo 17.3 del mismo Convenio 169 de la OIT, puesto que el Estado antes que consultar con las organizaciones indígenas de buena fe, se está aprovechando del desconocimiento de los pueblos indígenas respecto del marco jurídico nacional sobre titulación, para crear un régimen legal que posibilite que terceros se apropien de estas tierras de las comunidades nativas y campesinas. Incumple en definitiva el Estado lo establecido en la mencionada disposición del Convenio cuando precisa que *“Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”*.

Se vulnera el artículo 18 y el artículo 3.2 del Convenio 169 de la OIT, cuando contra la voluntad de los pueblos indígenas se dispone no solamente que terceros incurran en una conducta invasiva del territorio de los pueblos indígenas, que en propiedad les corresponde, sino lo que es peor que lo exploten de espaldas a ellos. El artículo 18 del Convenio es muy claro, *“La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones”*. En igual sentido, el artículo 3.2 del mencionado Convenio establece un mandato muy claro que es incumplido: *“No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio”*.

En este caso, el procedimiento especial de saneamiento construye un andamiaje normativo que permite y autoriza la “intrusión” y la “explotación” de los recursos

naturales en el territorio de los pueblos indígenas. Pero además, al tomar decisiones contra la voluntad de estos pueblos, y en clara violación de las normas del Convenio de rango constitucional, se configura la coerción, prohibida por el artículo 3.2 antes citado. Estamos ante una conducta que no es de jure sino de facto, que carece de cobertura constitucional y legal, inadmisible en un Estado Constitucional de Derecho.

En conclusión estamos ante la violación del derecho a la propiedad y al territorio contendía en el artículo 88 de la Constitución Política y del artículo 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, así como a las reglas establecidas en la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derecho al territorio de los pueblos indígenas.

**\*Informe realizado por Luis Hallazi Abogado y Coordinador del Colectivo Territorios Seguros para las Comunidades del Perú.**